

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

José Henrique LIGABO¹

Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: O presente trabalho aborda a questão do direito penal do inimigo e como a questão é abordada no novo ordenamento jurídico pátrio. Demonstra-se na presente pesquisa sua caracterização e quais são seus elementos.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo.

INTRODUÇÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada pela primeira vez na metade da década de noventa do século passado, pelo professor alemão **Gunther Jakobs**. Apesar de se passar mais de vinte anos do seu surgimento, ela ainda vem sendo desenvolvida pelo seu idealizador.

Segundo o citado professor alemão, tal teoria preconiza a existência de dois tipos de direito, uma dicotomia do direito penal, o denominado **Direito Penal do Cidadão** e o **Direito Penal do Inimigo**.

O **Direito Penal do Cidadão**, consiste no direito penal atual, nos moldes que vige atualmente, preservando todas as garantias constitucionais.

O **Direito Penal do Inimigo**, consiste em um direito célere com garantias processuais e penais minimizadas ou até mesmo suprimidas.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

Segundo o autor, o Direito Penal do Cidadão deve ser aplicado ao cidadão que viole o ordenamento jurídico penal, mas, que por suas características pessoais e a natureza do crime praticado, possua possibilidade de retorno ao convívio em sociedade após o cumprimento da pena imposta, aqueles que não representem perigo constante ao ordenamento jurídico e ao Estado Democrático de Direito.

O delito cometido pelo cidadão não representa um princípio de desfazimento do Estado Democrático de Direito, a este cidadão não justifica tratamento diferenciado, pois este convive com o Estado, não sendo sua prática delitiva, ato costumeiro, não tornando o delito meio de sobrevivência, mas sim exceção ao seu comportamento habitual, devendo ainda este ser mantido com o *status* de cidadão.

O **Direito Penal do Inimigo** por sua vez deverá ser aplicado aos indivíduos que não aderem ou rejeitam o Estado Democrático de Direito, se abstendo assim de todo o poder Estatal e seu modelo de organização, cuja prática de vida representa perigo iminente para a sociedade, não podendo estes serem considerados cidadãos, mas sim, denominados de ***inimigos***, conforme conceitua o próprio autor Jakobs, em seu livro intitulado, *Derecho Penal del Enemigo*, (Jakobs p40-41 ano2003).

(...) um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação. ³

Convém ressaltar, que a teoria desenvolvida não constitui uma separação independente do direito penal, mas sim de dois braços derivado do mesmo tronco.

Conforme preleciona o autor da teoria em seu livro, *Manuel Derecho Penal del Enemigo*,(p.42.2003)

³ JAKOS, Guinther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*

(...) o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulamentações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade.⁴

Conforme exposto o direito penal do inimigo não constitui um direito penal autônomo, mas sim um braço do direito penal, incidindo apenas aos delinqüentes denominados inimigos, tendo sua “clientela” definida e restrita.

A incidência da teoria em questão, dependerá da conduta do agente, não tratando de uma escolha do ordenamento, mas, sim do individuo, pois uma vez que este demonstre capacidade de reabilitação, e que seu delito foi uma exceção ao seu comportamento, (a qual nenhum integrante da sociedade esta livre de incorrer), e que não fará disto meio de vida, não incidirá sobre ele as normas severas preconizada pela teoria.

1 Características do direito penal do inimigo

O Direito Penal foi classificado por velocidades, pelo doutrinador Jesus-Maria Silva Sanches em seu livro *La Expasión del Derecho Penal* 2001 p.163:

uma primeira velocidade, representada pelo direito penal do cárcere, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais: uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisões, senão de penas de privação de direitos o pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar um flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção

O direito penal do inimigo vem sendo classificado como uma terceira velocidade do direito penal, se perfaz em uma forma híbrida, pois,

⁴ idem

haverá as penas privativas de liberdade com uma flexibilização dos princípios, tornando-se assim uma forma de direito mais célere.

O Direito Penal do Inimigo se destina à proteção da norma e do ordenamento jurídico como um todo, não se destina a proteção somente aos bens jurídicos, mas sim a proteção do sistema democrático de direito como um todo evidenciando a proteção da norma pela própria norma.

O direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos.

Primeiro elemento caracterizador do direito penal do inimigo, consiste na antecipação da punibilidade o segundo na desproporção entre a pena e a infração como terceira e ultima características temos o afastamento de determinadas garantias, elementos estes, explicados no próximo capítulo.

2 ELEMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme supra mencionado o Direito Penal do Inimigo possui três elementos diferenciadores do direito penal vigente a qual passamos a explicá-los.

Em primeiro lugar, se constata no amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referencia fato futuro), em lugar de como se caracteriza o direito atual retrospectiva (ponto de referencia fato pretérito, cometido).

Nos moldes atuais ou o direito penal do cidadão, se concretiza para o Estado o "*jus puniend*" com o cometimento do fato definido como crime, sendo este assim considerado somente depois de preenchidos seus elementos (fato típico, antijurídico e culpável).

Via de regra, o Estado não interferirá no convívio em sociedade salva nos casos em que houver violação do ordenamento jurídico ou lesão a

bens jurídicos por ele tutelado, incidindo sobre o autor sanção penal, porém, para a teoria em questão, antecipa a punibilidade do agente.

A antecipação da punição pretendida por Jakobs em sua teoria consiste em considerar crime não somente a efetiva lesão ao bem jurídico, mas também uma ameaça de lesão, pois a mera ameaça já impediria o cidadão de usufruir de seu bem jurídico com plenitude, pois terá que resguardar-se do uso para que não haja lesão, não sendo plausível exigir de o cidadão conviver com a possibilidade efetiva da perda de seus direitos.

Justifica tal antecipação, pois, em havendo uma violação o bem jurídico já estará lesionado não havendo modos de reparação, mire-se no exemplo de um homicídio, que uma vez consumado não haverá meios de reparação ou meios para retornar a vítima ao estado “*co ante*” ao cometimento do delito, restando para o Estado somente a punição do agente infrator.

Tal antecipação estará resguardando a integridade dos bens jurídicos tutelados, proporcionando uma segurança para a os detentores de tais bens.

A não efetiva lesão também não se reputa como causa de diminuição de pena como no sistema atual, facilmente verificada em nosso ordenamento pelo artigo 14 § único do Código Penal vigente, uma vez que a punição será em acordo com a periculosidade do agente e não ao fato por ele cometido.

Vislumbra-se como segunda característica a proporcionalidade da penas, que serão fixadas não com referência a fatos ocorridos, mas sim a fatos futuros, analisando para sua fixação não o fato cometido mas, sim a periculosidade do agente, tornando-se assim a pena uma medida de segurança, para o não cometimento de outros delitos pelo infrator.

Tornando-se a pena uma medida de segurança, plausível seria fixar-la com parâmetros maiores, que transcendem o fato delituoso por ele cometido levando em consideração as características pessoais de cada infrator.

Em uma terceira fase constata-se a supressão de determinadas garantias, constitucionais, penais e processuais penais, que conforme supra exposto são destinadas aos cidadãos.

Ocorrendo a transmutação do “cidadão” em “inimigo” as garantias prevista em nosso ordenamento como o princípio da inocência, as exigências de licitude e admissibilidade das provas produzidas, as medidas assecuratórias da persecução penal como os limites das prisões processuais (preventiva e temporária) os requisitos para obtenção da liberdade provisória, a publicidade do processo dentre outros, tema de nosso próximo capítulo, poderão se minimizados e até mesmo suprimidos.

Tais recrudescimento das normas apesar da doutrina relutar em admitir, já estão presentes em nosso ordenamento como por exemplo nos regimes de penitenciários (Regime Disciplinar Diferenciado) na reforma do Código de Transito Brasileiro que recentemente modificou a tolerância sobre a ingestão da quantidade de álcool, dentre outras.

Diante tais supressões ocorrerá um enrijecimento das normas penais, aumentando assim a possibilidade de captura e efetiva aplicação da norma penal ao “inimigo” que uma vez assim considerado perde conforme exposto, sua qualidade de cidadão.

BIBLIOGRAFIA

AMÊNDOLA NETO, Vicente. Historia e Evolução do Direito Penal no Brasil

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal ed. Saraiva V.I

CAPEZ, Fernando Curso de direito penal ed. Saraiva

FERRAJOLI, Luigi Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal, ed. Revista dos

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio, Uma Visão Minimalista do Direito Penal ed. Impetus

JAKOBS, Guinter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003.

LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado 11. ed 2006 editora método

LUIZI, Luiz Os Princípios Constitucionais Penais 2º ed Porto Alegre 2003

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI –abolição, um sonho impossível? Conversações abolicionistas

MIRABETE, Julio Fabbrini Processo Penal 18º. Ed Atlas 2008

NUCCI, Guilherme de Solza. Manual de Direito Penal Parte Geral 2º ed. RT revista dos tribunais

PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro VI, Parte Geral

SILVA-SANCHES, Jesus Maria La Expansion del Derecho Penal. 2. ed. Madrd: Civitad, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El enemigo em El Derecho Penal.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, Jose Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral ed. Revistas dos Tribunais